

1. Introdução

O presente artigo busca tratar dos pressupostos de validade da norma jurídica pela teoria do Direito Vivo exposta na obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, de Eugen Ehrlich, em contraposição ao normativismo jurídico de Hans Kelsen, delineado em sua “Teoria Pura do Direito”.

Para tanto, o método utilizado é o hipotético-dedutivo por meio de revisão bibliográfica, com análise das obras “Fundamentos da Sociologia do Direito” (EHRlich, 1986) e “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2009), de artigos publicados em periódicos científicos e em anais de eventos. Já a sua estrutura contempla divisão em cinco seções, incluindo esta introdução. Nas duas seções seguintes são expostas as teorias desenvolvidas por cada autor, mais precisamente o Direito Vivo e o normativismo jurídico, respectivamente. A quarta seção é dedicada aos principais conceitos divergentes apurados entre Ehrlich e Kelsen e na última seção são apresentados, resumidamente, os resultados obtidos com pesquisa e a sua conclusão.

2. Eugen Ehrlich

Eugen Ehrlich (1862-1922), jurista e sociólogo austríaco, dedicou-se ao estudo da sociologia do direito como ciência do direito, destacando-se entre suas obras “Fundamentos da Sociologia do Direito”.

Ao considerar as relações que se desenvolvem entre os homens no seio de dada sociedade e os fenômenos sociais que delas derivam (e não apenas as regras prescritas pelo direito posto), Ehrlich desenvolveu a chamada “Teoria do Direito Vivo”, uma construção teórica decorrente das respostas que obteve quanto ao autoquestionamento sobre “de onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência” (EHRlich, 1986, p. 16)?

Segundo o autor, grande parte do direito não tem sua origem no Estado e boa parte não é por ele criada (EHRlich, 1986, p. 16). A lei positivada, produto da tarefa do legislador, para Ehrlich não é e nem pode ser tida como origem do direito.

O agir humano não encontra vinculação direta a ameaça de coação oficial imposta pelos tribunais. Antes pelo contrário, considera que em todo tempo o homem está submetido à coação psicológica situada fora do campo do direito, decorrente das relações estabelecidas pelo regramento social (e não legal) no qual está inserido:

A própria intuição lhe ensina que cada pessoa se encontra numa infinidade de relações jurídicas e que, com muito poucas exceções, ela faz aquilo que estas relações lhe determinam. Ela cumpre suas obrigações como pai e filho, como esposo ou esposa, não prejudica seus vizinhos no gozo de sua propriedade, paga suas dívidas, [...]. O jurista naturalmente pode replicar que todos cumprem seus deveres

somente porque sabem que podem ser obrigados a cumpri-los através dos tribunais. Mas se ele se desse ao trabalho de observar as pessoas em seu agir no dia-a-dia, facilmente se convenceria de que estas pessoas nem pensam numa coação que lhes possa ser imposta por tribunais. Via de regra agem como que por instinto e, quando este não é o caso, suas justificativas são bem outras: poderiam ter problemas com seus parentes, perder seu posto, perder sua clientela, ser estigmatizados como encenqueiros, desonestos, irresponsáveis. [...] o que as pessoas nesta situação fazem ou deixam de fazer, mesmo que seja por obrigação jurídica, freqüentemente é bem outra coisa, e em geral muito mais do que consegue a coação oficial. (EHRlich, 1986, p. 23).

Na maioria das vezes, nas relações estabelecidas com seus pares, o homem se vê compelido ao cumprimento de suas obrigações como curso natural da ordem imposta pela comunidade, pelas associações das quais faz parte, sendo que a “ordem na sociedade humana se apoia no fato de que obrigações jurídicas em geral são cumpridas, não no fato de que podem ser levadas a juízo” (EHRlich, 1986, p. 16), porque maior do que a ameaça de coação estatal é o receio dos reflexos negativos (v.g. reprovação social) que de certa conduta se possa resultar:

Quem depende do respaldo de seu grupo — e quem não necessitaria dele? — faz bem em observar, ao menos grosso modo, as normas do grupo. Todo recalcitrante deve saber que seu comportamento abalará a coesão com os seus; quem insiste em resistir, rompe os laços que o unem aos seus companheiros e estes começam a evitá-lo, até excluí-lo. É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...]. Desta maneira, o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto. [...]. O Estado não é a única associação coativa; há na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família. (EHRlich, 1986, p. 55).

Comunidade, organização ou associação podem ser a família, a igreja, o clube, o ambiente de trabalho e tantas outras quanto possíveis, que se caracterizam por formar um conjunto de pessoas que, ao se relacionarem mutuamente, não só reconhecem determinadas regras como decisivas para seu agir em geral, como, de fato, agem em sua conformidade. Essas regras, das mais variadas formas (regras do direito, da religião, da moral, do costume, da honra, do bom comportamento, entre outras), formam a realidade social e devem ser analisadas no contexto em que são vigentes (EHRlich, 1986, p. 37).

A “sociologia do direito é a doutrina científica do direito” (EHRlich, 1986, p. 23) que, como qualquer ciência social, tem suas bases no conceito de sociedade humana, caracterizada pelo conjunto de organizações de tipos bem diversificados que estão em constante interação. As relações que se formam nessas organizações e suas interações são reguladas pelo direito (entendido não como prescrição jurídica, mas como ordem jurídica interna e independente do direito legislado):

A ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental. A prescrição jurídica não só aparece bem mais tarde, como também continua sendo derivada da ordem interna das associações. Para explicar as origens, o desenvolvimento e a essência do direito, deve-se pesquisar sobretudo a ordem das associações. [...].

A ordem interna das associações é determinada por normas jurídicas. Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A prescrição jurídica é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou um código. Norma jurídica, ao contrário, é a determinação jurídica transformada em ação, [...]. (EHRlich, 1986, p. 36)

Equivale dizer, prescrições jurídicas criadas em determinada sociedade, quando admitidas por seus membros como ordem jurídica, passarão à condição de normas jurídicas. Já, quando positivadas (legisladas), podem ser consideradas prescrições jurídicas.

A normas jurídicas independem de positivação. São efetivas e existem em maior número que prescrições jurídicas, porque estas derivam daquelas e não o contrário. Seja qual for a sociedade, “...há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para condições específicas que para condições similares e também existe mais direito do que os juristas tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras” (EHRlich, 1986, p. 36).

Ao considerar que, de regra, o homem respeita as ordens emanadas da sociedade (por que tidas como obrigatórias por força da moral, do medo de repressão interna no caso da sua subversão, da coação psicológica no grupo) sem reclamar previsão em lei (prescrições jurídicas), Ehrlich defende que a ciência jurídica está adstrita ao conceito de sociedade e a resposta para seu conceito repousa na análise da própria sociedade, uma verdadeira reflexão sociológica em contraposição ao normativismo jurídico. Neste sentido aduz Moreira (2013, p. 228): “A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante...”.

Moreira também afirma que, para Ehrlich, “...o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenchia a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia-a-dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal” (2013, p. 235), mas as regras do agir humano, do costume, aquilo que voluntariamente obedecem e respeitam.

A força que impulsiona o agir do homem, o cumprimento das ordens previstas no direito legislado – prescrições jurídicas – em normas jurídicas não escritas ou mesmo aquelas decorrentes da moral, costumes, tradições e tantas outras previstas na sociedade têm, para Ehrlich, substancial importância para a ciência jurídica.

Assim, a ciência jurídica reclama a análise do direito que se desenvolve no seio da sociedade, que advém das relações estabelecidas entre os indivíduos e que estão em constante mutação, pois “o direito estatal, em todos os sentidos significativos, apenas acompanha a evolução social” (EHRlich, 1986, p. 122) e ainda assim o faz de maneira lenta e, por vezes, quando positivada a norma jurídica (legislada, prescrita) já se encontra desatualizada.

As prescrições jurídicas, o direito posto, produto e obra do legislador, “não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida” (EHRlich, 1986, p. 377). A ciência jurídica e a evolução do conhecimento jurídico reclamam, assim, a análise daquilo que Ehrlich denominou Direito Vivo, que, “oriundo das organizações sociais” (VIEIRA, 2015, p. 110), “trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico” (MOREIRA, 213, p. 225), que “independentemente do Direito legislado (...) domina a vida” (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

Assim, para encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade (quaisquer organizações sociais), deve-se, ao contrário de análise abstrata, do geral para o particular, partir de induções, pois também “a sociologia, incluindo aí a sociologia do direito, deve ser uma ciência da observação” (EHRlich, 1986, p. 362). Ao cientista jurídico cumpre “conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras e, portanto, tem por objeto não somente o direito ‘válido para os tribunais e órgãos de autoridade’, mas também, e especialmente, o direito vigente que, ‘não formulado em proporções jurídicas’, regula toda a vida social” (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171).

Para Ehrlich “...a maior parte do direito origina-se imediatamente da sociedade, sendo a regulação jurídica formal posterior, pelo que a norma jurídica seria condicionada pela sociedade, aplicável se e na medida em que observe seus pressupostos sociais (2004, p. 121 apud SBARGOSSA, 2016, p. 171). O Direito Vivo não se limita ao conteúdo de um documento: “Ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá” (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

O Direito Vivo não é aquele posto pelos tribunais ou em prescrições jurídicas, mas é vivido, observado pelo homem, cumprido independentemente de coação estatal:

Este, portanto, é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio,

dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente constituídas quanto as ignoradas e até ilegais. (EHRlich, 1986, p. 378)

A norma jurídica, vigente e eficaz em determinada organização social, quando pelo trabalho do legislador for prescrita em lei se torna prescrição jurídica. Nesse caso, a sua origem não é o Estado, pois, a despeito dela ainda não ter sido positivada, já era vigente e eficaz independentemente de qualquer coação estatal. Ehrlich se opõe ao monismo jurídico, de que a única fonte da lei e da ordem seria o Estado. Neste sentido Vieira (2015, p. 124) afirma que, em Ehrlich, “...o direito não tem como única fonte o Estado, mas origina-se também na Sociedade e nas relações sociais oriundas dela, sendo o direito uma formulação espontânea da Sociedade e influenciado pelas mudanças que essa passa”.

Na teoria desenvolvida por Ehrlich, fundado na sociologia, o direito não se aprisiona nos códigos, não se resume em mera prescrição jurídica ou no chamado direito legislado/positivado. Ao contrário, surge do agir humano, cuja eficácia pode ser aferida todos os dias e independe da coerção estatal, pois “Direito Vivo no conteúdo de um documento não é aquilo que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam” (EHRlich, 1986, p. 381).

Assim, é no Direito Vivo que se encontram as respostas para as indagações formuladas pelo autor¹. As regras não se confundem com prescrições jurídicas, não reclamam positividade, previsão expressa em lei, surgem da sociedade, das relações estabelecidas entre os homens, cujos regramentos são aceitos, observados e cumpridos (eficácia) mais em decorrência de uma coação psicológica (que se encontre situada fora do campo do direito) do que da ameaça de uma coação estatal oficial prevista em lei e decorrente da técnica legislativa. “É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. ...o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto” (EHRlich, 1986, p. 55).

Nas palavras de Sgarbossa (2016, p. 171), Ehrlich “escapa à visão estatalista e reducionista do jurídico”. Na investigação, pesquisa e produção do conhecimento jurídico não se nega a necessidade do estudo da jurisprudência, do direito posto, das prescrições jurídicas, mas se exige que o verdadeiro cientista também tenha os olhos voltados para as ações humanas derivadas com naturalidade da vida em sociedade: “O método sociológico, portanto, exige que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pela observação direta da vida” (EHRlich, 1986, p. 379).

¹ “De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?” (EHRlich, 1986, p. 16)

3. Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973), jurista e filósofo austríaco, dedicou-se à construção de um método científico para o conhecimento jurídico que fosse livre de ideologias, destacando-se entre suas obras a “Teoria Pura do Direito” e a “Teoria Geral das Normas”.

Para Kelsen, na “afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica” (KELSEN, 2009, p. 79), de tal maneira que a conduta humana importaria apenas a partir do momento em que estabelecida no conteúdo da norma.

A ciência jurídica é uma ciência normativa, porquanto toma a norma como seu objeto. Significa afirmar que se está no plano do dever “porque a norma pode ser conceituada como o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada...” (SPAREMBERGER, 2003, p. 118).

O normativismo sustentado por Kelsen reclama entender que proposições jurídicas não se confundem com normas jurídicas, tal como ciência jurídica se distingue de direito.

Proposição jurídica, como produto da ciência jurídica, tem por escopo descrever, enunciar o Direito prescrito nas normas jurídicas. Equivale dizer que proposição jurídica se distingue da norma jurídica tal como se distingue a função do conhecimento jurídico da função da autoridade jurídica. Nas palavras de Cunha (2008, p. 281):

A norma jurídica seria um imperativo posto pela autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas lingüísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz [...]. Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, [...].

As proposições normativas formuladas pela ciência jurídica descrevem o direito e não atribuem quaisquer deveres ou direitos, de tal forma que podem ser verídicas ou inverídicas. Já, as normas de dever, porquanto atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos, só podem ser consideradas válidas ou inválidas (KELSEN, 2009, p. 82).

Ou seja, as proposições representam juízos enunciativos de determinado objeto posto ao seu conhecimento, tal como o faz, por exemplo, um tratado de direito civil ou de qualquer outra área do direito. Não há um comando, uma ordem, e sua confirmação se situa no campo da veracidade. Por verídica é possível representar a conformação da proposição jurídica com a

norma jurídica, esta considerada o objeto que será descrito pela ciência jurídica. Ao descrever a norma jurídica a ciência jurídica formula a proposição jurídica.

A norma jurídica, contudo, por não representar um enunciado (descrição), mas um comando (prescrição), apenas pode ser válida ou inválida. Será válida se seguiu o regramento legal de sua elaboração, pois de uma norma superior é que se extrai seu fundamento de validade.

O direito tido como ciência normativa, um sistema de normas que limita a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, difere-se das outras ciências que buscam o conhecimento pela “lei da causalidade, de processos reais”. As leis naturais demandam o estabelecimento da relação entre causa e efeito, causalidade. As proposições jurídicas são orientadas por outro princípio, qual seja o da imputação (KELSEN, 2009, p. 84-87).

Kelsen assim descreve (2009, p. 87): “Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, então B é, mas que, quando A é, B então deve ser, mesmo quando B porventura efetivamente não o seja”. O autor traz, ainda, outro elemento para distinguir causalidade de imputação, conforme assevera Cunha (2008, p. 283):

Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a consequência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, consequência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de “causação” é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal.

Causalidade revela uma cadeia infinita, relações de causas e efeitos sucessivos.

Toda “causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito (...) é interminável nos dois sentidos” (KELSEN, 2009, p. 101).

Diferentemente da natureza, orientada pela causalidade, o “número de elos de uma série putativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado” (KELSEN, 2009, p. 101). Ocorre que, se a série putativa (diferentemente da causalidade) é finita, como a validade de uma norma seria dada por uma que lhe é superior e assim sucessivamente? A resposta para tal indagação foi assim resumida por Cunha (2008, p. 283):

...a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior.
Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que

devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena.

Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou norma fundamental.

Direito é ciência normativa. Embora a norma retire seu fundamento de validade de uma norma que lhe é superior (e esta de outra que hierarquicamente superior a ela também o seja) não haverá cadeia infinita, pois ao sistema é dada a validade por uma norma superior a todas, qual seja a chamada norma fundamental: “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 1999, p. 228 apud CUNHA, 2008, p. 284).

Nas palavras de Baracho (1979, p. 39), a norma fundamental não representa uma norma do direito positivo. Antes pelo contrário, é “pressuposta pela Ciência do Direito”, de tal maneira que a “ordem jurídica é um sistema de normas que estão ligadas entre si, pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do mesmo sistema, e, em última etapa, pela norma fundamental”.

Como descreve Carlotti (2015, p. 2.290), a “norma fundamental seria a norma hierarquicamente superior a todas as outras normas e, desta forma, seria a garantia de validade do ordenamento jurídico”.

A Teoria Pura do Direito é doutrina avaliativa e normatista, pois “se propõem a descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se a fazer ciência e não se apresentando como uma filosofia, um credo, uma ética”, devendo ser entendido “como próprio objeto somente o direito positivamente existente, especialmente o direito que assumiu a forma da lei...” (LOSANO, 2014, p. 32).

Em resumo, sendo o direito ciência normativa, em que a norma não representa um juízo descritivo, mas prescritivo, a ciência do direito não deve trabalhar com a observação daquilo que não está previsto na norma. As externalidades (comportamento dos indivíduos, valores morais ou éticos, entre outros) não importam para a ciência jurídica.

4. Ehrlich X Kelsen

Ao sustentar a sociologia do direito como a ciência do direito, porque este não é estático e deve observar as mudanças pelas quais passa a sociedade (SPAREMBERGER, 2003, p. 119-120), Ehrlich se opôs ao normativismo jurídico e sofreu severas críticas de Hans

Kelsen, “...que afirmou ocorrer um sincretismo metodológico, decorrente da confusão estabelecida por Ehrlich entre ser e dever-ser” (SPAREMBERGER, 2003, p. 116).

A despeito da divergência entre os autores, como cita Sparemberger (2003, p. 121), Ehrlich inovou na compreensão do direito como ciência e fenômeno social.

Dedicar-se ao estudo da ciência jurídica e para ela desenvolver uma teoria limpa, despida de quaisquer ideologias, foi o grande objetivo de Kelsen. Como acentua Lima (2010), a sua Teoria Pura do Direito não deve representar o nome de uma obra, mas um projeto de Kelsen em busca de elevar o direito à condição de verdadeira ciência jurídica. Tal pode ser a explicação para a acentuada divergência entre Ehrlich e Kelsen ter principiado antes mesmo da publicação da mais conhecida obra deste último, a Teoria Pura do Direito.

É que, para condenar a teoria de Ehrlich, revelada em 1913 na obra “Grundlegung der Soziologie des Rechts” (Fundamentos da Sociologia do Direito), Kelsen escreveu, ainda em 1915, no Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik (Revista Arquivo para Ciências Sociais e Política Social), a crítica Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Contudo, contra as incisivas acusações de Kelsen, “...Ehrlich respondeu no mesmo periódico com seu Entgegnung (1916), sucedido pelo Replik (1916) de Kelsen; e a este a Replik (1916) de Ehrlich; e, finalmente, o Schlusswort (1916)” (ROBLES, 2012, p. 2).

Embora o esboço da Teoria Pura do Direito tenha aparecido ainda em 1911, na obra denominada “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze” (Principais Problemas da Teoria Jurídica do Estado Desenvolvidos com Base na Doutrina da Proposição Jurídica) e a despeito de nele já se encontrar traçada a matriz filosófico-jurídica da Teoria Pura do Direito, foi em 1934 que se deu a publicação da primeira edição da “Reine Rechtslehre” (Teoria Pura do Direito), representando uma revisão de um ensaio publicado por Kelsen em 1933, denominado “Methode und Grundbegriff der Reine Rechtslehre” (O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito). Em 1960 teve vez a segunda edição, que incorporou resultados de investigações posteriores à primeira edição, mas manteve praticamente intacto o núcleo da doutrina (SILVA e DAMASCENO, 2016, p. 330).

Ainda que a divergência entre Ehrlich e Kelsen possa ser retratada a partir da análise do debate estabelecido entre eles nos anos de 1915 e 1916, esta não é a opção do presente artigo. Busca-se aqui descrever o normativismo jurídico com assento na obra “Teoria Pura do Direito” (tal como se deu em relação ao Direito Vivo de Ehrlich, a partir do livro “Fundamentos da Sociologia do Direito”), de tal forma que a digressão aqui realizada tem por escopo apenas situar o leitor quanto ao corte temporal e o referencial teórico adotado.

Como afirma Castro (2016, p. 53-54), em Kelsen o objeto da ciência do direito é a norma jurídica, sendo que a realidade social e econômica só poderá interessar à ciência do direito quando estiver prescrita, ou seja, não deve se preocupar com a análise da realidade, dos fatos como eles acontecem. Diferentemente, para Ehrlich a ciência do direito deve se valer da observação, das experiências empíricas, da forma como o homem se comporta na sociedade, mesmo porque esses fatos importaram na validade das prescrições jurídicas.

A relevância dada por Ehrlich é retratada por Carlotti. Analisar o comportamento das pessoas em dada sociedade, a maneira como cumprem ou não as normas estabelecidas (lembrando que para Ehrlich norma jurídica não se confunde com prescrição jurídica – esta representa a positivação da primeira) o fazia se opor ao “direito estatal que parecia criar um mundo alternativo ou um mundo ideal de ‘deveres’ que não correspondia aos comportamentos regulares observáveis quase que empiricamente” (CARLOTTI 2015, p. 2.293).

Em Kelsen “a ciência do direito opera por deduções a partir de um objeto ideal, resultado de uma operação intelectual: a norma jurídica”. A ciência do direito, para Ehrlich é descritiva e indutiva; para Kelsen é normativa e dedutiva (CASTRO, 2016, p. 53-54).

Ao tratar da pureza axiológica proposta e defendida por Kelsen, Larenz (1997, p. 93 apud SPAREMBERGER, 2003, p. 117-118) afirma, resumidamente, que a ciência do direito “... não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas”.

Purificar a ciência do direito foi o objetivo de Kelsen na obra “Teoria Pura do Direito”, em que a depurou “de qualquer elemento estranho ao seu objeto” (CUNHA, 2008, p. 280), “uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico)” (CUNHA, 2008, p. 282).

Nas palavras de Kelsen (2009, p. 118), a ciência do direito, como ciência, “não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura”, sendo que a Teoria Pura do Direito, por surgir em forte contradição com a ciência jurídica tradicional, revestida de um caráter ideológico, revela-se “[...] como verdadeira ciência do Direito”.

Ao resumir os pressupostos em que se fundam a Teoria Pura e o Direito Vivo, Carlotti (2015, p. 2.288) destaca que a “pureza proposta por Kelsen é uma delimitação da atividade de descrição do direito...”, sendo que Ehrlich se permite “descrever a realidade social tendo objeto de estudo regularidades de comportamento e abstrair, a partir destes comportamentos observados, regras que comporiam o direito ‘vivo’...”.

Oposto ao que se vê em Ehrlich, a sociologia como ciência do direito e a necessidade da observação empírica do comportamento humano, em Kelsen o “direito seria um conjunto de regras abstratas que se determinam mutuamente e, portanto, não teria nenhum tipo de correspondência com a realidade empírica, nem com comportamentos regulares observáveis” (CARLOTTI, 2015, p. 2.291).

Se de um lado o Direito Vivo não se limita ao texto legislado, positivado, mas que pode ser encontrado pela observação empírica do comportamento humano, do agir das pessoas independentemente da ameaça de coação estatal e que, por isso, permite reconhecer a existência de normas não prescritas, mas observadas/cumpridas; de outro o normativismo jurídico, depurado de quaisquer ideologias, dita uma ciência do direito cujo conhecimento se limita à análise de sua própria estrutura em busca de desvendar seu objeto.

5. Considerações Finais

Ao longo da pesquisa foi possível observar que, em ambos os autores, as teorias desenvolvidas se confundem com seus projetos de vida. Ou seja, não se trata de meras teorias, mas de temas que pelos autores foram estudados ao longo de suas vidas.

Para Ehrlich a sociologia é a verdadeira ciência do direito, pois o direito não pode ser entendido/captado pelo pesquisador a partir da mera análise simplista do texto posto, da letra da lei, daquilo que o autor chama de prescrições jurídicas. Antes, o direito deve ser buscado no dia a dia do agir humano. Ele não se encontra nos tribunais, nas decisões judiciais, mas emana da própria sociedade (organizações) como normas jurídicas, aquelas que, embora não positivadas (transformadas em prescrições jurídicas) são observadas pelo homem independentemente de coação estatal.

Nesse sentido, a obediência à norma decorre da coação inserta na própria organização da qual o homem participa, tal como a reprovação moral perante o grupo. Assim, posicionando-se contrário ao monismo jurídico, Ehrlich admite que o direito não tem origem apenas no Estado, mas advém de fontes heterônomas e, por isso, defendia o pluralismo jurídico. O direito, admitido em sua concepção sociológica, impõe ao pesquisador a necessidade de observar a realidade social, o concreto, descrever os fatos e não se ater meramente em palavras. Ele não deve ser buscado na jurisprudência ou no produto final criado a partir da tarefa do legislador (processo legislativo), mas na observação da conduta humana, naquilo que o homem admite, aceita e cumpre como regra que lhe é imposta pela sociedade (e todas as organizações das quais faça parte), estando em constante mutação, de tal maneira que as prescrições jurídicas não conseguem acompanhar esse avanço das

transformações sociais. Essa admissão do pluralismo em contraposição ao monismo jurídico, aliado ao dever de observação da realidade social, das normas e não meramente das prescrições, porque aquelas são cumpridas pelo homem independentemente da sua positivação ou da ameaça de coerção estatal, mas pelo medo de reprovação social (entre outras formas de coação não estatal) conduziu Ehrlich para ao desenvolvimento do chamado Direito Vivo.

A despeito deste firme posicionamento de Ehrlich, Kelsen desenvolveu a Teoria Pura do Direito, por meio da qual entende por correta a necessidade de se depurar do conhecimento jurídico, notadamente da ciência do direito, quaisquer análises de externalidades. Ou seja, ao direito só importa aquilo que está previsto na norma jurídica e, assim, a conduta humana só importaria ao direito na medida em que prescrita. Assim, o normativismo jurídico entra em pauta, uma análise da norma pela norma em busca de sua validade que, ao contrário de Ehrlich, não pode ser conferida (a validade) a partir da observação da conduta humana

Kelsen busca desmistificar a conclusão de que a ciência jurídica somente seria possível enquanto sociologia jurídica, posto que esta não tem o direito como objeto de seu conhecimento, pois nega o conceito de dever e se debruça sobre a análise do ser, da conexão causal, uma ilusória ideologia sociológica da qual a ciência jurídica deve se despir. A ciência jurídica deve responder se uma conduta concreta é conforme ou contrária ao direito, limitando-se a constatar se ela é permitida ou proibida, independentemente de a conduta ser considerada boa ou má, de merecer aprovação ou reprovação.

Kelsen busca dar uma dimensão científica ao direito, uma teoria pura, livre de influências externas e com o isolamento do método científico. Ao trabalhar com as categoriais do “ser” e do “dever”, distingue os fenômenos jurídicos daqueles que assim não podem ser considerados, tais como culturais, religiosos, sociológicos, metafísicos e antropológicos. A partir da Teoria Pura do Direito, livre de contaminações, o autor trata do normativismo, em que o jurista deve partir da norma jurídica para chegar à norma jurídica, sem questionar valores axiológicos que antecedem sua elaboração e, por isso, a validade está ligada ao processo de sua formação, ou seja, se cumpriu as formalidades previstas no ordenamento jurídico, sem perquirir se ela é certa ou errada, se é eficaz ou ineficaz, de modo que, com o empírico, com o agir humano como ele é, a ciência do direito não deve se preocupar.

6. Referências

BARACHO, J.A.O. **Aspectos da teoria de kelsen**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: Imprensa, v. 27, n. 21, maio.1979, p.

9-50. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/823/768>>. Acesso em 06.mar.2018.

CARLOTTI, D.P. **O debate entre ehrlich e kelsen: a convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século xx.** *In:* Quaestio Iuris, Rio de Janeiro: v. 8, 2015, p. 2.287-2.303. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/20928/15309>>. Acesso em 26.fev.2018.

CASTRO, J. R. **Direito e modernidade: estudo sobre eugen ehrlich e hans kelsen.** *In:* Convent Internacional, São Paulo: USP, v. 22, set./dez/2016, p. 51-60. Disponível em <<http://www.hottopos.com/convenit22/51-60Jonathas.pdf>>. Acesso em 26.fev.2018.

CUNHA, R.A. **Hermenêutica jurídica em kelsen: apontamentos críticos.** *In:* Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 180, out./dez.2008, p. 279-291. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576>>. Acesso em 26.fev. 2018.

EHRlich, E. **Fundamentos da sociologia do direito.** Tradução de René Ernani Gertz, revisão de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1986.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, D. **Hans kelsen: breve incursão biográfica e literária.** *In:* Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande: XIII, n. 82, nov.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8639>. Acesso em 01.mar.2018.

LOSANO, M.G. **O valor da justiça na obra de kelsen.** *In:* Revista da Faculdade de Direito, Curitiba: UFPR, v. 59, n. 2, ago.2014, p. 31-45. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561>>. Acesso em 27.fev.2018.

MOREIRA, J.S. **O método na sociologia do direito: ehrlich visitado por pachukanis.** *In:* Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Ciudad de México: Crítica Jurídica, n. 35, jan./jun.2013, p. 215-249. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40806>>. Acesso em 05.fev. 2018.

ROBLES, G. **A polêmica entre kelsen e ehrlich sobre a natureza da ciência jurídica.** *In:* Revista Panoptica, Vitória: v. 7, n. 1, jul.2012, p. 1-14. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_7.1_2012_1-14>. Acesso em: 28.fev. 2018.

SGARBOSSA, L. **Reflexões ontológicas e epistemológicas sobre o campo jurídico.** *In:* Revista da Faculdade de Direito - RFD, Rio de Janeiro: UERJ, n. 29, jun. 2016, p. 158-174. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14107>>. Acesso em: 05.fev.2018.

SILVA, E.F., DAMASCENO, E.V. **A classificação das ciências segundo hans kelsen: os princípios de causalidade e imputação.** *In:* Revista de Informação legislativa, Brasília:

Senado Federal, v. 53, n. 209, jan./mar.2016, p. 329-342. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p329>. Acesso em 26.fev.2018.

SPAREMBERGER, R.F.L. **A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de hans kelsen e o sociologismo (hermenêutica do direito vivo) de eugen ehrlich.** *In:* Revista Direito em Debate, Ijuí: Unijuí, v. 12, n. 20, jul./dez.2013, p. 115-135. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/740>>. Acesso em 05.fev. 2018.

VIEIRA, R.S. **Pluralismo jurídico clássico: a contribuição de ehrlich, santi romano e gurvitch.** *In:* Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 47, jul./dez.2015, p. 108-127. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo05n47.pdf>>. Acesso em 05.fev.2018.